



UCA | Universidad
de Cádiz



EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

*

UNIVERSIDAD DE CÁDIZ
FACULTAD DE DERECHO
GRADO EN DERECHO
TRABAJO DE FIN DE GRADO
CONVOCATORIA: JUNIO
CURSO: 2015/2016

*

TUTOR: PROF. DR. D. JULIO V. GAVIDIA SÁNCHEZ

AUTOR: D. PAULINO ALEMANY MENDARO

TFNO.:

CORREO: paulino.alemanymendaro@alum.uca.es

CORREO: paulinoalemany@gmail.com

ÍNDICE:

I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.....	4
III. NOCIONES BÁSICAS	5
1) Los contratos de adhesión.....	5
2) Las condiciones generales de la contratación	5
3) Normativa.....	6
A) Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.....	7
B) Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores	8
C) Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre CGC y el RD-L 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el TRLGDCU	9
D) Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; actual Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.....	11
IV. CONTROL DE INCLUSIÓN Y TRANSPARENCIA.....	12
1) El control de inclusión en la LCGC	12
A) Requisitos de incorporación y no incorporación	12
B) Interpretación jurisprudencial sobre el término “comprensible”	14
C) Interpretación de las CGC.....	16
a) Regla <i>contra proferentem</i>	16
b) Regla de la condición más importante	17
c) Reglas de interpretación del CC	18
d) Reglas de interpretación del C. de c.	19
2) El control de inclusión en el RD-L 1/2007	20
A) Requisitos de incorporación	20
B) Derecho a la información	21
C) Interpretación de las CGC.....	22
3) Contratación entre empresarios.....	22
4) El actual control de transparencia.....	23

A) Las CGC sobre el objeto principal del contrato	24
B) El control de transparencia en la jurisprudencia	25
a) STS 9/3/2013 (núm. 241/2013)	26
b) STS 8/9/2014 (núm. 464/2014)	28
C) El control de oficio	32
V. CONCLUSIONES	34
BIBLIOGRAFÍA	36
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	39
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL	40



RESUMEN: tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 el control de transparencia ha adquirido mayor protagonismo dado que se catalogó una cláusula suelo como abusiva por no superar los estándares de transparencia. Esta nueva interpretación acerca de lo que se entiende por control de transparencia y sus consecuencias es objeto de análisis en el trabajo, poniéndola en comparación con lo que hasta entonces se entendía como tal, distinguiendo entre control de inclusión y contenido.

PALABRAS CLAVE: control de transparencia, control de inclusión y control de contenido, condiciones generales de la contratación, información.

ABSTRACT: *following the Supreme Court's judgement of 9 May 2013, transparency control has gained prominence as a consequence to a 'floor clause' catalogued as unfair term which didn't pass the standards of transparency. This new interpretation about what we understand as transparency control and its consequences, is a subject under analysis at work, being compared with the concept that we had by that time, and this way, distinguishing between inclusion control and content control.*

KEY WORDS: *control of transparency, control of incorporation and content control, general conditions of abstract, information.*

I. INTRODUCCIÓN

La contratación con condiciones generales es, hoy en día, muy recurrida. Esta especial forma de contratar se controla mediante dos filtros, uno de incorporación y otro de contenido. El primero aborda la posibilidad que tiene un adherente de conocer cómo se rige su relación con el clausulado de condiciones generales. Por su parte, el segundo trata de evitar perjuicios que se deriven de esta técnica, es decir, que no se generen desequilibrios perjudiciales para el consumidor adherente por tratarse de condiciones que no ha negociado. A estos controles se les ha sumado otro de origen jurisprudencial: el control de transparencia, el cual, tiene como finalidad analizar las cláusulas que se refieren al objeto central del contrato con el objetivo de evitar un efecto sorpresivo que lleve al traste las expectativas por las que el consumidor había llevado a término dicho contrato. Se ha presentado como un control con entidad propia, distinto del control de incorporación y de contenido, pero son líneas muy difusas las que le erigen como tal, lo cual, no hace más que plantear dudas y problemas en relación a su desarrollo y aplicación.

II. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

El presente trabajo tiene como fin abordar el vínculo que existe entre el control de transparencia y el control de inclusión analizando la figura del primero en la jurisprudencia y cuestionando su virtualidad propia como un control diferenciado del de incorporación y contenido, sobre todo dado el nexo que la propia jurisprudencia le atribuye con éste último; los efectos que conllevaría situarlo como parte del control de inclusión, así como las soluciones a las que se llegarían en función de entenderlo como tal o no y los beneficios que generarían, junto con la comprensibilidad del clausulado.

Es por ello que el desarrollo se ha decidido estructurar en dos bloques: el primero es una introducción, mientras que el segundo se centra en concretar qué es control de inclusión y si realmente está separado o no del control de transparencia, haciendo alusión a las consecuencias que se derivan de éste y que tienen relación con el control de contenido.

III.- NOCIONES BÁSICAS

Antes de abordar el control de transparencia tenemos que realizar un acercamiento a conceptos esenciales que van a delimitar el objeto del trabajo:

1) Los contratos de adhesión:

La definición de los contratos de adhesión reside en su característica principal, que no es otra que el hecho de que solo una de las partes redacta el clausulado, de modo que, la otra tan solo puede «aceptarlo o rechazarlo»¹. No puede confundirse con «el contrato normativo», el cual «establece una reglamentación general y uniforme a la que deben ajustarse las partes al establecer los pactos que regularán sus resoluciones» que, aun siendo redactadas por una sola de las partes, es convenido por ambas².

2) Las condiciones generales de la contratación:

Las condiciones generales de la contratación son las cláusulas preestablecidas por una de las partes con el objetivo de regir en las operaciones económicas de este tipo.

El art. 1.1 LCGC establece que “son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, (...) habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. La STS núm. 241/2013 de 9 mayo, resume los requisitos en el apartado 137:

- a) “Contractualidad: se trata de “cláusulas contractuales” y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular, en el caso de los contratos de adhesión.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes – aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, de ser impuesta por un empresario–, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que como afirma la doctrina, se trata de modelos de

¹ “Contrato de adhesión”, *GJWK*, p. 1.

² *Ibid.*, p. 1.

declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse”.

Asimismo, «resulta irrelevante la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualquiera otras circunstancias, así como que el adherente sea un profesional o consumidor»³. Lo definitorio de éstas es cómo se llevan a cabo.

Hay autores que distinguen entre:

- Condiciones generales del contrato: aquellas que tienen como finalidad incorporarse a la generalidad de las operaciones de un empresario.
- Condiciones generales de la contratación: aquellas que tienen como finalidad incorporarse a la generalidad de las operaciones de un grupo o asociación de empresas mediante un acuerdo entre ellas⁴.

Sin embargo, la doctrina trata ambas expresiones indistintamente ya que, al fin y al cabo, solo entran a formar parte del contrato cuando el empresario las incorpora a éstos; luego, la distinción no produce más efectos que los teóricos, ya que «solo [tienen] acceso a la vida jurídica en los mismos casos»⁵.

3) Normativa:

En este fenómeno han incidido e inciden los siguientes textos:

- Ley 26/1984 para la DGCU.
- Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas.
- Ley 7/1998 sobre CGC y el RD-L 1/2007 que aprueba el TRLGDCU.
- Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, actual Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

³ MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos”, *RCESCO*, 2013, I. Estudios y Consultas, núm. 6, pp. 79-80.

⁴ BALLESTEROS GARRIDO, J.A., *Las condiciones generales de los contratos y principio de autonomía*, 1ª ed., Barcelona, JM Bosch Editor, 1989, p. 64.

⁵ *Ibid.*, pp. 64-65.

A) Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

Hay que mencionar que esta Ley ya preveía los requisitos que debían reunir las cláusulas que se usasen en contratos con consumidores, de entre los que cabe destacar:

Art. 10: “1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual (...)

Es decir, ya se establecía la cognoscibilidad objetiva como exigencia del control de inclusión. De este modo, es esencial la adecuación a los requisitos que tienen que cumplir las cláusulas. Como establece la STS 16 julio de 1982 éstos tienen que exigirse como «mínima garantía para suponer que (...) [es] aceptada en su contenido». No solo tienen que ser sencillas y concretas literalmente, sino, además, de modo visual⁶.

Con la llegada de la LCGC de 1998 se modificó el art. 10, añadiéndose el art. 10 bis, cuya finalidad era definir qué debía entenderse por cláusula abusiva⁷.

⁶ COCA PAYERAS, M., “Comentarios al art. 10.1.a)”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. y SALAS HERNÁNDEZ, J. (Coords.), 1ª ed., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 236-237. Sin embargo, este control se limita al plano formal y no de contenido; basta que se cumpla con los “requisitos de formulación” y “de plasmación documental y disponibilidad”.

⁷ MIGUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentarios a la Disposición Adicional 1ª.3”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), (1ª ed.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, p. 894.

B) Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores:

La Directiva tiene como fin que los EEMM legislen las cláusulas abusivas en lo relativo a los contratos que se celebran entre profesionales y consumidores (art. 1)⁸. Por consumidor hay que entender a “toda persona física que, (...), actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional” (art. 2.b), mientras que por profesional tenemos que entender a “toda persona física o jurídica que, (...), actúe dentro del marco de su actividad profesional” (art. 2.c).

Hay que tener claro que al definir qué se entiende por cláusula abusiva hace referencia a “cláusulas que no se hayan negociado individualmente”, luego, lo determinante es que hayan sido prerredactadas e impuestas; de modo que abarca el control de las condiciones particulares y de las generales⁹.

Así pues, incluye un control de inclusión y un control de contenido. Respecto al primero, el art. 5 establece los requisitos para considerar una cláusula incorporada al contrato: redacción clara y comprensible. Además, en caso de duda, la interpretación más favorable al consumidor será la que prevalezca. En cuanto al «control de contenido (arts. 2, 3, 4 y 6) que afecta a la validez de la cláusula, define su carácter abusivo, y añade que pueden tener tal carácter las contenidas en su anexo [...]»¹⁰. De modo que, incluye una “lista gris”, sin perjuicio de que los EEMM creen “listas negras”.

Por último, pretendía impedir el control de contenido sobre las cláusulas que se referían a la definición del objeto principal del contrato, a la adecuación entre el precio y retribución, siempre que dichas cláusulas se redactasen de manera clara y comprensible (art. 4); sin embargo, la STJUE de 3 de junio de 2012 (C-484/08) se pronunció afirmando que se trata de

⁸ BALLESTEROS GARRIDO, J.A., *op. cit.*, nota 4, p. 86; y PÉREZ BENÍTEZ, J.J., “El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas. Tutela procesal de los intereses de grupo”, en SALELLES CLIMENT, J.R., GUERRERO LEBRÓN, M.J., FUENTES DEVESA, R. (1ª ed.), *I Foro de encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2010, p. 3.

⁹ BALLESTEROS GARRIDO, J.A., *op. cit.*, nota 4, p. 86.

¹⁰ PÉREZ BENÍTEZ, J.J., *op. cit.*, nota 8, p. 4.

una Directiva de mínimos y, por consiguiente, se puede autorizar un control de dichas cláusulas incluso cuando cumplen esos requisitos de redacción.

C) Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre CGC y el RD-L 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el TRLGDCU:

La Directiva conllevó la obligación de modificar la legislación, puesto que no había ninguna norma que estableciera un control de contenido sobre contratos individualizados entre profesionales y consumidores¹¹.

La LCGC, en su art. 1, nos da una definición de qué son las condiciones generales de la contratación, cuyas características resumíamos en: contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. Por tanto, la LCGC no es aplicable a los contratos de adhesión singulares, quedando éstos circunscritos al TRLGDCU¹². Esto se debe a que, mientras que la LCGC se inclina por incluir en su ámbito objetivo las condiciones generales de la contratación, el TRLGDCU lo hace por las cláusulas no negociadas individualmente, que se diferencian de las anteriores en que no precisan la condición de generalidad, no precisan que sean redactas para incorporarse a una pluralidad de contratos¹³. Asimismo, cabe añadir una característica más a las CGC, y es que, el art. 1.2 prevé la aplicación de esta Ley incluso cuando hay algunas cláusulas pactadas, dependiendo la aplicabilidad de que se siga manteniendo la apreciación de que se trata de un contrato de adhesión, hay que hacer una «apreciación global del contrato»¹⁴.

No es la única diferencia, pues respecto al ámbito subjetivo, cuando se trata el sujeto adherente de un consumidor es de aplicación el TRLGDCU, mientras que la LCGC es de aplicación tanto a consumidores como a profesionales. Así, el art. 2 LCGC establece que el adherente en la LCGC puede ser tanto persona física como jurídica, mientras que el predisponente tiene que ser un empresario o profesional. Por tanto, esta norma rige en contratos de adhesión con condiciones generales ya sea el adherente un consumidor o un profesional. Sin embargo, no debemos

¹¹ BALLESTEROS GARRIDO, J.A., *op. cit.*, nota 4, p. 91.

¹² ALFARO, J., “Disposiciones generales, art. 1, Ámbito objetivo”, en *op. cit.*, nota 7, pp. 100-101.

¹³ *Ibid.*, pp. 100-101.

¹⁴ *Ibid.*, p. 118.

olvidar que el TRLGDCU no da protección a las personas jurídicas, salvo aquéllas que respondan al requisito del art. 3 TRLGDCU, es decir, “que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a la actividad comercial o empresarial”; por ello no puede extenderse la aplicación del TRLGDCU a las relaciones entre profesionales.

La conjugación de ambas leyes podría resumirse en lo siguiente:

	Contratos adhesión con CGC	Contratos adhesión singulares
Adherente consumidor	TRLGDCU LCGC CC	TRLGDCU CC
Adherente profesional	LCGC C de C CC	C de C CC

Esta distinción respecto al adherente es relevante pues, cuando se trate de un consumidor y se esté ante una cláusula no negociada individualmente cabrá acudir al control de contenido; mientras que si se trata de un profesional no hay posibilidad de aplicar dicho control¹⁵. Esta consecuencia se debe a que la LCGC solo regula el control de inclusión, a diferencia del TRLGDCU, que prevé el control de inclusión y el control de contenido, extendiendo esta última protección solo a los consumidores.

Por último, el art. 4 LGCG establece una serie de contratos que considera excluidos del ámbito de aplicación: contratos administrativos, contratos de trabajo, constitución de sociedades, a los que regulen las relaciones familiares y a los contratos sucesorios. El motivo que justifica su exclusión es la singular configuración que las regula¹⁶, ya que se sitúan fuera de los fines que este tipo de regulación persigue¹⁷.

¹⁵ ALFARO, J., *op cit.*, nota 12, pp. 104-105.

¹⁶ OLEO BANET, F., “Disposiciones generales, art. 4, contratos excluidos”, en *op. cit.*, nota 7, p. 231.

¹⁷ Según ALFARO, J. son: «reducen los costes de celebración y regulación de los contratos, favorecen la división de tareas entre los miembros de la organización empresarial, facilitan la coordinación entre éstos y hacen posible el cálculo anticipado del coste de producción de los

D) Orden de 5 mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; actual Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios:

La Orden Ministerial impone determinados deberes de información sobre la incorporación del clausulado al contrato. Sin embargo, no se garantiza con ella que los prestatarios lleguen a conocer la existencia de determinadas cláusulas, como se verá, y la trascendencia que éstas pueden suponer¹⁸. Asimismo, tampoco pueden considerarse que estas normas establezcan el umbral de validez contractual de una cláusula cuando existan normas específicas que se encarguen de ello¹⁹.

Tanto es así que se ha sustituido por: «la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que en su art. 25 exige que se recojan [determinadas cláusulas] en un anexo expreso a la ficha de información personalizada, y por la Ley 1/2013, de 15 de mayo de 2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, que en su art. 6 exige que se incluya en la escritura pública una expresión manuscrita por el consumidor de que ha sido adecuadamente advertido de los riesgos del contrato, entre otros, de las limitaciones a la variabilidad del tipo de interés»²⁰.

Entre sus objetivos, se encuentra el de «mejorar y aumentar las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito» con la intención de establecer un adecuado nivel de protección de los clientes²¹.

De modo que, hay que destacar que la nueva Orden Ministerial:

- «Desarrolla de forma específica la normativa de transparencia del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda».
- «Refuerza la transparencia en lo que se refiere a determinados servicios: cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés»²².

bienes y servicios que ofrece la empresa», ALFARO, J., «Función económica y naturaleza jurídica de las CGC» en *op. cit.*, nota 7, p. 76.

¹⁸ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *INDRET*, 2013, núm. 3, pp. 10-13.

¹⁹ *Ibid.*, p. 11.

²⁰ *Ibid.*, p. 12.

²¹ «Comentario a la Orden sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios», *DLL*, 2011, núm. 7729, p. 1.

²² *Ibid.*, p. 2.

IV. CONTROL DE INCLUSIÓN Y DE TRANSPARENCIA

Como se ha adelantado, hay dos procedimientos mediante los que se lleva a cabo el control de las condiciones generales de la contratación: control de inclusión y control de contenido.

El control de inclusión puede definirse como un control previo al de contenido, es decir, busca aclarar si el adherente pudo conocer o no la existencia del clausulado de condiciones generales, y que éste fuere comprensible. Por su parte, el control de contenido analiza si dichas cláusulas generan un desequilibrio importante que desfavorezca al consumidor. Así pues, es preciso comprobar que «las condiciones generales han quedado incorporadas al contrato antes de analizar si son abusivas o no»²³.

1) El control de inclusión en la LCGC:

A) Requisitos de incorporación y no incorporación:

El art. 5 regula los requisitos para que una cláusula se entienda incorporada al contrato:

- Aceptación de las CGC: el adherente tiene que aceptar que el contrato se va a regir por CGC. Se manifiesta mediante la firma, pero es preciso que el predisponente informe sobre su existencia para que se considere válida²⁴. Es importante reseñar que el artículo no exige que las comprenda, solo que las acepte al decir que “(...) [t]odo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.”
- Comunicación expresa de la existencia de CGC: es «un aviso consistente en una información de la existencia de condiciones generales, no de su contenido»²⁵. En caso contrario, la aceptación no será válida y las CGC no quedaran incorporadas al contrato.

²³ ALFARO, J., *Las condiciones generales de la contratación*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1991, p. 204.

²⁴ DURANY PICH, S., “Disposiciones generales, art. 5, requisitos de incorporación”, en *op. cit.*, nota 7, p. 283.

²⁵ *Ibid.*, p. 286.

- Entrega de un ejemplar: además de informar, tiene que facilitar un ejemplar de las CGC para que pueda conocerlas. ¿Qué tenemos que entender por facilitar? Según DURANY PICH facilitar es entregar, sin embargo, sugiere «evitar una aplicación excesivamente rigurosa de este requisito, (...) [y que] se tenga por cumplido si el adherente ha tenido razonablemente la posibilidad de conocer el contenido»²⁶.
- Requisitos de redacción: el art. 5.5 LCGC establece que “la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”. Su función es que el adherente pueda conocerlas, es decir, se deduce que la finalidad es la publicidad. Habría que distinguir entre celebración y ejecución del contrato: en la primera fase el adherente conoce que su relación contractual está regida por un clausulado de condiciones generales y tiene acceso a él; mientras que en la segunda, la función de publicidad consiste en que pueda conocer exactamente en qué se traducen las CGC, cuáles son sus derechos²⁷.

En ningún momento se exige la comprensión de las CGC, tan solo el conocimiento de la adhesión con dichas condiciones. Es por ello que estas reglas de inclusión «no pueden considerarse como requisitos para el consentimiento del cliente sobre el contenido de las condiciones generales, sino solo sobre su existencia»²⁸.

Asimismo, dado que la LCGC trata doblemente los requisitos de inclusión, este artículo 5 hay que ponerlo en relación con el artículo 7, que dispone cuál es la consecuencia que se deriva del incumplimiento de los requisitos, que no es otro que la no incorporación al contrato, y añade a las conductas positivas dictadas por el artículo 5, otras de carácter negativo²⁹.

²⁶ *Ibid.*, p. 289.; no tiene por qué ser el único método para facilitar el clausulado teniendo en cuenta que el 5.3 LCGC establece que, para contratos que no se realicen por escrito, “(...) bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio (...)”.

²⁷ *Ibid.*, p. 316; CAÑIZARES LASO, A., “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, *RDC*, 2015, vol. II, núm. 3, p. 76; ALFARO, J., *op. cit.*, nota 23, pp. 196-200; BALLESTEROS GARRIDO, J.A., *op. cit.*, nota 4, p. 263.

²⁸ CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, nota 27, p. 77.

²⁹ DURANY PICH, S., *op. cit.*, nota 24, pp. 269-270.

En primer lugar, dicho artículo prevé la exclusión de las CGC cuando el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer o no haya firmado. Ambos requisitos pueden entenderse reiterativos de lo que se declara en el artículo 5, sin embargo, más problemas plantea su segundo apartado³⁰: “No quedarán incorporadas al contrato (...) b) las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (...)”. Se contradice respecto de la regla *contra proferentem*, pues, en vez de salvar la duda en favor del adherente, simplemente, no la incorpora³¹.

Al igual que DURANY PICH, comparto la idea de que los requisitos tendrían que limitarse a los de legibilidad y comprensibilidad: el primero referente a un control formal cuyo objetivo es que las condiciones generales puedan ser leídas, y el segundo relativo a un control material, el cual, analizaría la comprensibilidad de éstas³². La ley no ha establecido qué ha de entenderse por comprensible, a lo que ha dado solución el TJUE.

B) Interpretación jurisprudencial sobre el término “comprensible”:

La STJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/13)³³, entre otras cuestiones que se analizarán más adelante, responde a lo que ha de entenderse por comprensible en la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas.

La cuestión surge en relación a un contrato de préstamo en el que se recibe el dinero en florines húngaros, pero se devuelve en francos suizos. La cláusula problemática era la relativa a la devolución del dinero, que establecía que se calcularía mediante «el tipo de cotización de compra de la divisa extranjera aplicado por el banco que esté vigente el día de la entrega del préstamo», y que para calcular las cantidades «el prestamista fijará el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa aplicada por el banco el día anterior al vencimiento»; es decir, que para calcular la cantidad que el prestatario tenía que devolver se tendría en cuenta el precio de venta del franco suizo ese día concreto.

³⁰ *Ibid.*, pp. 270-271.

³¹ *Ibid.*, p. 317.

³² *Ibid.*, p. 317.

³³ En el mismo sentido las SSTJUE 26 febrero 2015 (C-143/13) y 23 abril 2015 (C-96/14).

En definitiva, «la cláusula no era ni clara ni comprensible porque no permitía conocer la justificación de la diferencia en el modo de calcular el importe del préstamo según se tratara de su entrega o de su devolución»³⁴. Es por ello por lo que se planteó si la cláusula era lícita o no al existir esta distorsión.

Lo relevante es que el TJUE, en sus párrafos 60 a 75, establece que «la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación (...) gramatical (...) y de forma», es decir, la comprensibilidad supone que, además de ser legible tiene que ser comprensible por sí sola: tendría que establecer el mecanismo de conversión de monedas y ponerlo en conexión con el resto de cláusulas para que el consumidor pueda conocer de antemano cuáles van a ser las obligaciones económicas que le conlleva el contrato³⁵.

En resumen, el predisponente no tiene la obligación de explicar el contenido de la cláusula, sino que es ella misma la que tiene que ser comprensible y, en consecuencia, debe poder ser leída y entendida, además de establecer su relación con el resto de cláusulas³⁶.

Asimismo cabe añadir, más allá de lo que dice la sentencia, que este requisito de comprensibilidad se establece en función de la capacidad de comprensión de un adherente medio³⁷. Es por ello que el juez es quién debe decidir si una cláusula es comprensible o no, para lo que tiene que tener en cuenta las «circunstancias típicas»³⁸, como puede ser el perfil del adherente, máxime cuando es posible que «por personales carencias del adherente, no pueda entender si no es con la ayuda de un tercero»³⁹. No todos los consumidores están en la misma condición.

³⁴ CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, nota 27, p. 83.

³⁵ PAZOS CASTRO, R., «El objeto principal de un contrato de préstamo expresado en divisas, la transparencia de sus cláusulas y la integración contractual», *RUSC*, Comentarios de jurisprudencia 5/2014, p. 7.

³⁶ Así lo indicaba ALFARO, J. cuando decía que «muchas cláusulas pueden resultar incomprensibles cuando (...) resulta muy difícil que el cliente pueda hacerse una mínima composición de lugar sobre sus derechos y obligaciones», en *op. cit.*, nota 23, p. 236.

³⁷ DURANY PICH, S., *op. cit.*, nota 24, pp. 318-319; ALFARO, J., *op. cit.*, nota 12, p. 235; STJUE 26 febrero 2015 (C-143/13), apartado 75.

³⁸ *Ibid.*, p. 319; *Ibid.*, p. 235.

³⁹ DURANY PICH, S., *op. cit.*, nota 24, p. 318.

C) Interpretación de las CGC:

Con base en el art. 6 LCGC⁴⁰ se analizan el conjunto de reglas interpretativas⁴¹ relativas a las condiciones generales, además de las previstas en el CC y C. de c., que puede ser aplicado cuando el control de inclusión se realice respecto de un empresario o profesional:

a) Regla *contra proferentem*:

El art. 6.2 no hace más que una referencia a lo ya expresado por el art. 1288 CC (“La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad”)⁴².

Se fundamenta en la buena fe contractual. El sujeto que realiza una declaración de voluntad tiene que hacerlo de manera clara para que la duda no se resuelva en su contra. No sería justo que un adherente que solo acepta las condiciones generales asuma los riesgos de una deficiente formulación del condicionado general⁴³.

No solo tiene una función redistributiva del riesgo, sino que tiene una función sancionadora, puesto que las dudas nunca son resueltas a favor de quien crea la oscuridad en la redacción de la cláusula⁴⁴.

⁴⁰ Art. 6 LCGC: “1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares. 2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. 3. Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, y en lo no previsto en el mismo, serán de aplicación las disposiciones del CC sobre la interpretación de los contratos”.

⁴¹ El art. 6.1 incluye la regla de la prevalencia como regla de interpretación. No la considero estrictamente como tal, lo que no excluye que se dé una noción sobre ella: pretende dar preferencia a las condiciones particulares frente a las generales en caso de que estén en contradicción, dado que «las condiciones particulares (...) reflejan mejor la voluntad de las partes que las condiciones generales» al haber sido previstas para el contrato específico. Respecto al inciso “salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas”, hay que ser cautos, pues, el hecho de haber recurrido a la constitución de una cláusula particular puede ser síntoma de que no se quería el clausulado general, de modo que «[podría ser] contrario a la buena fe contractual permitir al adherente apartarse de lo pactado para hacer valer una regla contradictoria que le es más favorable». FERRER RIBA, J., “Disposiciones generales, art. 6, reglas de interpretación”, en *op. cit.*, nota 6, p. 361.

⁴² SALVADOR CODERCH, P., “Disposiciones generales, art. 6, reglas de interpretación”, en *op. cit.*, nota 7, p. 388; ALFARO, J., *op. cit.*, nota 23, p. 318.

⁴³ ALFARO, J., *op. cit.*, nota 23, p. 319.

⁴⁴ SALVADOR CORDECH, P., *op. cit.*, nota 42, p. 385.

Entre los presupuestos necesarios para recurrir a su aplicación encontramos:

- Cláusula dudosa, ambigua y oscura: «una cláusula es dudosa (...) cuando de su interpretación pueden deducirse dos o tres significados razonablemente»⁴⁵. Lo importante es que la cláusula genere dudas en su aplicación concreta al caso, ya que en abstracto puede ser dudosa pero al aplicarla al caso concreto las dudas se despejen⁴⁶.
- Imputabilidad al predisponente de ese carácter dudoso, ambiguo u oscuro: no cabe duda que ha de ser el predisponente el que redacte la cláusula oscura. Por consiguiente, se excluye la regla cuando reproduzca literalmente el contenido de una norma legal⁴⁷. Sin embargo surgen dudas respecto a las cláusulas particulares ya que los tribunales se han pronunciado en sentidos contradictorios⁴⁸.
- Carácter subsidiario: es de aplicación subsidiaria respecto de los criterios subjetivos de interpretación, que son aquéllos que buscan averiguar cuál fue la voluntad de las partes; en cuyo caso conllevará la elección del significado que más beneficie al adherente⁴⁹.

b) Regla de la condición más importante:

Esta regla se emplea para el caso en que dos condiciones generales se contradigan, de modo que «la cuestión debe resolverse en favor de aquélla que esté más de acuerdo con el tipo y la causa del contrato celebrado»⁵⁰. Así pues, para el caso de que no sea posible decidir la controversia en base a esa regla, «habrá que acudir a la regla *contra proferentem* y escoger la más beneficiosa para el adherente»⁵¹. Esta es la posición de

⁴⁵ ALFARO, J., *op. cit.*, nota 23, p. 320.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 321.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 324.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 324: «Así, si bien ha declarado que la regla no es aplicable a las condiciones particulares de un contrato de adhesión a menos que demuestre que fueron redactadas por el predisponente (STS 30.5.1967 [Ar. 2807]), en otras ocasiones la ha empleado en supuestos de este tipo (STS 30.4.1984 [Ar. 1974]) entendiéndolo, al parecer que la regla es aplicable a los contratos de adhesión en su conjunto y no a cada una de las condiciones generales individualmente consideradas».

⁴⁹ *Ibid.*, p. 325.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 317.

⁵¹ *Ibid.*, p. 317.

ALFARO, sin embargo, autores como FERRER RIBA entienden que «debe resolverse acudiendo a las reglas de interpretación contractual del CC, tal como previene el art. 6.3 de la propia Ley»⁵²: en primer lugar se resolverá dando preferencia a aquella que refleje la voluntad de los contratantes (art. 1281 CC); en segundo lugar, se emplearán criterios objetivos, en los que habrá que atender a la naturaleza y objeto del contrato y comprobar qué cláusula es más relevante a éstos efectos (art. 1286 CC); y por último, subsidiariamente acudir a la regla *contra proferentem*⁵³.

c) Regla de interpretación del CC:

El art. 6.3 LCGC remite a las reglas de interpretación del CC, algo innecesario. Ya se ha hecho mención a algunas de las reglas contenidas entre los arts. 1281 y 1289 CC. No vamos a ahondar mucho a este respecto, pero sí vamos a detenernos en lo relativo a los arts. 1288 y 1289:

- Cláusulas ambiguas – art. 1288 CC⁵⁴: es una regla *contra proferentem* que busca que no pueda interpretarse una cláusula oscura de modo que favorezca al predisponente, teniendo en cuenta que no se tiene que elegir la opción más perjudicial para éste y la más beneficiosa para la otra parte, «sino simplemente una que no favorezca a aquél ni tampoco le perjudique»⁵⁵. No solo pretende proteger a la parte débil, sino que el fundamento es la «la buena fe objetiva, que gobierna la contratación con la exigencia de conductas leales y correctas»⁵⁶, lo que se podría traducir en la claridad y transparencia con las que el predisponente tiene que llevar a cabo la ejecución de los clausulados generales de la contratación.
- Cláusulas incomprensibles – art. 1289 CC⁵⁷: establece una cláusula de cierre para los casos en los que la interpretación tiene que

⁵² FERRER RIBA, J., *op. cit.*, nota 41, p. 376.

⁵³ *Ibid.*, p. 377.

⁵⁴ Art. 1288 CC: «La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad».

⁵⁵ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., «Comentario Libro IV, Título II, Capítulo IV», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra, Aranzadi, 2001, p. 1507.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 1507.

⁵⁷ Art. 1289 CC: «Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales

llevarse a cabo respecto de cláusulas incomprensibles. Así, cuando éstas afecten a elementos accidentales del contrato, dependerá de si se trata de un contrato gratuito u oneroso. Respecto del primero la interpretación se hará en favor del autor de la liberalidad debido a «la menor (...) reciprocidad de intereses»⁵⁸, mientras que en cuanto al segundo, la interpretación se hará de modo equitativo para ambas partes. Si se refiere a elementos esenciales, conllevará la nulidad del contrato debido al art. 1261, ya que no puede existir un contrato sin causa u objeto⁵⁹.

Elementos accidentales	Gratuito: en favor del autor de la liberalidad.
	Oneroso: de modo equitativo.
Elementos esenciales → Nulidad.	

d) Reglas de interpretación del Código de Comercio:

Dado que el control de inclusión es aplicable tanto a consumidores como profesionales, puede que se aplique alguna especialidad propia del Derecho Mercantil.

Los arts. 57 y 59 C. de c. contienen reglas de interpretación similares a las del CC y se remiten a ellas subsidiariamente. Los criterios interpretativos que usan ya los acoge el CC⁶⁰.

Lo único que el art. 59 C. de c. prevé y no aparece en el CC es que, en caso de que el art. 2 C. de c. no resuelva una duda respecto a una cláusula, la cuestión será decidida a favor del deudor⁶¹. Sin embargo carece de funcionalidad puesto que, el mismo artículo antes de aplicar esa solución prevé acudir al CC, donde nos encontramos con el art. 1289 y su

del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo”.

⁵⁸ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., *op. cit.*, nota 55, p. 1508.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 1508.

⁶⁰ EGEA FERNÁNDEZ, J., “Disposiciones generales, art. 6, reglas de interpretación”, en *op. cit.*, nota 7, pp. 423-424.

⁶¹ *Ibid.*, p. 424.

cláusula de cierre que dejaría sin efectividad al C. de c. Además, ocurre igual con el art. 6 LCGC cuando prevé que las cláusulas oscuras se resolverán en favor del adherente, lo que impide la aplicación del C. de c.; es decir, hubieran sido prescindibles estas normas⁶².

2) El control de inclusión en el RD-L 1/2007:

A) Requisitos de incorporación:

Según el art. 80.1 los contratos que usen cláusulas no negociadas individualmente deberán cumplir los siguientes requisitos:

- Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa: no presenta novedades respecto a la LCGC, y es que su función es «garantizar al consumidor la posibilidad de conocer la existencia y el contenido del clausulado previa o simultáneamente a la conclusión del contrato»⁶³.
- Accesibilidad y legibilidad: el cauce elegido para que el consumidor pueda conocer la existencia y el contenido del clausulado tiene que ser «fácilmente accesible»⁶⁴, es decir, estos requisitos demuestran que en esta materia no es necesario que sea entregado físicamente el contenido de las condiciones generales, sino que es suficiente con que sean accesibles. Tal y como contempla el art. 80.1.a), pueden existir reenvíos si se facilitan previa o simultáneamente a la conclusión del contrato⁶⁵, y conste expresamente en él. Además, en cuanto a la legibilidad, el artículo continúa diciendo que tiene que permitir al consumidor y usuario el conocimiento previo a la existencia del contrato sobre su existencia y contenido, lo que refuerza la idea de que el consumidor no tiene que conocer antes del contrato las condiciones, basta con que pudiera conocerlo. Por último

⁶² *Ibid.*, p. 424.

⁶³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., "Comentario al art. 80", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), (1ª ed.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 917.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 917.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 917.

añade un requisito relativo al tamaño mínimo de la letra (7mm) y el contraste con el fondo para que se considere legible.

Se puede apreciar como en ningún caso hace referencia a la aceptación, lo cual podría generar dudas, es decir, ¿una Ley de protección del consumidor, supuestamente más protectora que la LCGC, no prevé literalmente la aceptación mientras que la otra sí? Expresamente no lo requiere, pero como bien hace GONZÁLEZ PACANOWSKA, pone en relación el art. 5.1 LCGC y el art. 80.1.a) TRLGDCU deduciendo, entre otros, la obligada aceptación por el consumidor⁶⁶.

B) Derecho a la información:

Hasta ahora hemos visto que no es necesario que el adherente comprenda las cláusulas antes de celebrar el contrato, tan solo tiene que tener conocimiento de ellas y éstas han de ser comprensibles en sí mismas para que, en caso de que el adherente acuda a ellas, pueda comprender qué derechos y obligaciones se derivan de las mismas.

Dicho esto, ¿influye en algún sentido el art. 60 TRLGDCU, que incluye un «deber precontractual de información»⁶⁷ que abarca, entre otros, la relativa al contenido del contrato? Debemos decantarnos por considerar que la respuesta es no. No puede influir porque, ni la LCGC ni el TRLGDCU han requerido la explicación del contenido de las cláusulas; además, recordando la STJUE sobre “comprensibilidad” comentada, el TJUE no reclamó que se explicase a los adherentes la información, tan solo dijo que la cláusula tenía que hablar por sí sola. ¿Tiene que explicarse una cláusula que habla por sí misma?, ¿se puede pedir la explicación como un requisito más? No, es más, la finalidad del mismo no es otra que «asegurar la cognoscibilidad del mensaje»⁶⁸, es decir, que se pueda conocer o pueda ser conocido.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 918. Asimismo, incluye varias sentencias que refuerzan su idea: SSAP Asturias 20 diciembre 2002 (AC 2003, 58), 20 septiembre 2004 (JUR 2004, 277965), Zaragoza 18 febrero 2008 (AC 2008, 643).

⁶⁷ GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentario al art. 60”, en *op. cit.*, 63, p. 766.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 778.

C) Interpretación de las CGC:

Como se ha tratado, las normas de interpretación se contienen en el art. 6 LCGC y en el CC. El TRLGDCU solo contempla una norma interpretativa en su art. 80.2, la regla de la interpretación más favorable al consumidor:

Prevé esta regla de interpretación, en consonancia con el art. 6.2 LCGC, que solo es aplicable cuando se ejerciten acciones individuales⁶⁹. Nada hay que añadir al respecto de lo ya tratado.

3) Contratación entre empresarios:

La LCGC regula la contratación con CGC y el TRLGDCU añade un plus de protección a consumidores que participan en contratos con cláusulas no negociadas individualmente incluyendo un control de contenido con su respectivo régimen de nulidad de cláusulas abusivas, del cual han sido excluidos los empresarios por la propia LCGC⁷⁰: en su art. 8.2, excluye la aplicación del control de contenido a los empresarios al limitar dicho control al ámbito de la LGDCU (actual TRLGDCU).

En el ámbito de las relaciones con empresarios solo se trabaja con la LCGC, mientras que si se trata de consumidores nos encontramos que tenemos que manejar la LCGC y el TRLGDCU⁷¹. El control de inclusión de la LCGC es perfectamente aplicable a los empresarios en los términos anteriormente expuestos, sin embargo, una vez que se pasa el control de incorporación «no hay ninguna norma (...) para realizar el control de contenido, y tampoco, (...) para controlar la transparencia material»⁷². Solo pueden acudir a las normas generales de nulidad contractual para declarar una cláusula como abusiva⁷³.

⁶⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *op. cit.*, 63, p. 935.

⁷⁰ CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, nota 27, pp. 70-71.

⁷¹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, 1ª ed., Navarra, Civitas, 2009, p. 154.

⁷² *Ibid.*, p. 155.

⁷³ *Ibid.*, p. 155, 163; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril de condiciones generales de la contratación”, en ESPIAU ESPIAU, S. (ed.), (1ª ed.), *Las condiciones generales de la contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 87-89; CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, nota 27, p. 96: “únicamente podrán alegar el art. 8.1 LCGC (...) [cuando] se trate de una condición general contraria a la ley imperativa”.

4) El actual control de transparencia

Ya tenemos claro que existe un control de incorporación y otro de contenido:

El primero solo requiere el cumplimiento de una serie de requisitos con la finalidad de que las condiciones generales se incluyan en un contrato, de modo que si hay error en alguno de ellos la cláusula no se incorpora, es ineficaz. Entre estos requisitos está el de redacción (“transparencia, claridad, concreción y sencillez”), que hace referencia a la comprensibilidad del contenido del texto⁷⁴. Así, la transparencia en el sentido expuesto tiene una función de publicidad; sin embargo, respecto de los elementos esenciales «cumple la misión de garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él»⁷⁵.

En cuanto al segundo, evalúa los posibles desequilibrios económicos que puede generar una cláusula entre profesional o empresario y el consumidor, de modo que, solo y cuando ha pasado el control de incorporación se puede analizar su contenido, que se declarará como abusivo si no lo supera.

Hay que poner de relieve esa nueva función que se atribuye a la transparencia, y que analizaremos, porque en los últimos tiempos se ha planteado la posibilidad de establecer un tercer control distinto, un control de transparencia⁷⁶ en sí mismo respecto de las cláusulas que regulen los elementos esenciales del contrato; y es relevante la consecuencia que conlleva si no lo pasa, pues se declara la cláusula como abusiva. Ésto conduce a plantearse consideraciones importantes a tratar: ¿si forma parte del control de inclusión se aplica indistintamente a profesionales y consumidores?, ¿si es un control distinto puede afectar a los empresarios al acarrear una consecuencia propia del control de contenido teniendo presente que éste solo se aplica a consumidores?⁷⁷, ¿si forma parte del

⁷⁴ DURANY PICH, S., *op. cit.*, nota 24, p. 316.

⁷⁵ CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, nota 27, p. 78.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 73.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 74.

control de inclusión por qué su sanción es la declaración de abusividad y no la ineficacia?, ¿no superar este control de transparencia conlleva automáticamente la declaración de abusividad o permite someter al control de contenido la cláusula y solo si no lo supera declararla como tal?

Son cuestiones a las que se dará respuesta, pero antes hay que aclarar el por qué una cláusula relativa al objeto principal del contrato puede ser declarada abusiva conforme a ese nuevo control.

A) Las CGC sobre el objeto principal del contrato:

El art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas establece que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Lo más destacable del precepto, que se introdujo por miedo a que los «jueces pudieran controlar el equilibrio de los precios»⁷⁸, es que evita el control de contenido sobre estas cláusulas cuando están redactadas de modo claro y comprensible, de manera que, sí se podrá controlar el contenido cuando no estén redactadas de modo claro y comprensible⁷⁹. Asimismo, el hecho de que no pueda controlarse el carácter abusivo no impide que se someta a los controles de inclusión y transparencia⁸⁰.

La situación se complica cuando nos percatamos de que el legislador no ha traspuesto el art. 4.2, por ello adquiere una relevante importancia la STJCE de 3 de junio de 2010 (C-484/08), que estableció que la Directiva es una norma de mínimos y que no se oponía a que una legislación nacional, con el fin de aumentar la protección de los consumidores, autorice un control de contenido de estas cláusulas incluso cuando estén redactadas de manera clara y comprensible⁸¹.

⁷⁸ CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, nota 27, p. 79; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *loc. cit.*, nota 18, p. 7.

⁷⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *loc. cit.*, nota 18, p. 7; CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, nota 27, p. 80.

⁸⁰ CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, nota 27, p. 80.

⁸¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *loc. cit.*, nota 18, p. 8.

Por consiguiente, se permite la declaración de una cláusula relativa al objeto principal del contrato como abusiva aun cuando se redacten de modo claro y comprensible.

No hay que pasar por alto que, la Directiva no establece lo que hay entender por cláusula que trate el objeto principal del contrato, ante lo que la doctrina se encuentra dividida⁸²:

- «Algunos entienden que “principales” son las que definen directamente el objeto principal, y “accesorias” las que no se refieran al objeto principal.
- Otros sostienen que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición de objeto “principal”, hay que estar a la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, todo lo que se refiera al “precio” en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad prevista en la Directiva.
- Un tercer sector sostiene que, para decidir si una cláusula define el “objeto” debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. Posicionándose en el mismo resultado que la anterior»⁸³.

B) El control de transparencia en la jurisprudencia:

Con la STS núm. 834/2009, de 22 de diciembre (RJ 2010, 703)⁸⁴ se da inicio al control de transparencia como un examen separado y distinto del control de inclusión o contenido. Es la STS núm. 406/2012, de 18 de junio (RJ 2012, 8857)⁸⁵ la que comienza a perfilar con claridad dicho control, hasta la famosa STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088).

Así pues, en la STS núm. 406/2012 “el TS empieza a delimitar «el control de transparencia» como un control separado y distinto. En esta sentencia se subraya «que el control de inclusión» y el «control de transparencia» pueden proyectarse, a diferencia del «control de contenido» o «control de abusividad», sobre elementos esenciales del contrato (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE). Sostiene el TS que el «el control de inclusión, particularmente el referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer (aquellas condiciones generales de la contratación que afecta a) la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte»»⁸⁶.

⁸² *Ibid.*, p. 20.

⁸³ STS núm. 241/2013, 9 mayo (RJ\2013\3088), apartado 186.

⁸⁴ En el mismo sentido las SSTS núm. 375/2010, 17 junio (RJ 2010, 5407); núm. 401/2010, 1 julio (RJ 2010, 6554); núm. 842/2011, 25 noviembre (RJ 2012, 576), entre otras.

⁸⁵ En el mismo sentido las SSTS núm. 827/2012, 15 enero (RJ 2013, 2276); núm. 221/2013, 11 abril (RJ 2013, 1819); núm. 464/2014, 8 septiembre (RJ 2014, 4660); núm. 149/2014, 10 marzo (RJ 2014, 1467); núm. 152/2014, 11 marzo (RJ 2014, 2114); núm. 166/2014, 7 abril (RJ 2014, 2184); núm. 86/2014, 26 mayo (RJ 2014, 3880), entre otras.

⁸⁶ CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, nota 27, p. 87.

a) STS 9/3/2013 (núm. 241/2013):

Esta ha sido una sentencia muy conocida y, también, criticada por incurrir en varias incoherencias y no elaborar «una correcta argumentación que conecte la falta de transparencia de la cláusula suelo con el reproche de abusividad»⁸⁷, sobre todo, dada su extensión.

El TS declara nula una cláusula suelo que entiende relativa al objeto principal del contrato «por un defecto de transparencia y no por un desequilibrio excesivo entre la cláusula suelo y (...) la cláusula techo»⁸⁸, y fundamenta su decisión en el hecho de que se incorporó esa cláusula al contrato sin que hubiera habido suficiente información al consumidor respecto de lo que dicha cláusula iba a representar en la regulación de su contrato⁸⁹. Por tanto, se estructura el control de transparencia como un control separado e independiente del control de inclusión⁹⁰. Asimismo, marca el iter que hay que seguir en el control de las condiciones generales: en primer lugar habrá de realizarse el control de inclusión, seguido del control de transparencia y, finalmente, el de abusividad⁹¹.

Hay que determinar, pues, que el control de transparencia no se limita al cumplimiento de los requisitos de incorporación⁹² ni al de las obligaciones formales de la Orden Ministerial de 5 mayo (ahora sustituida por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). Con ellos no se garantiza que el consumidor hubiera conocido la existencia de la cláusula, de modo que es preciso realizar el control de “doble filtro”⁹³, cuyo objeto es el siguiente:

⁸⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *loc. cit.*, nota 18, p. 23.

⁸⁸ CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, nota 27, p. 88.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 88.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 88; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *loc. cit.*, nota 18, p. 17; PLAZA PENADÉS, J., “Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo”, *DLL*, 2015, núm. 8547 (Ref. D-209), p. 5.

⁹¹ PLAZA PENADÉS, J., *loc. cit.*, nota 90, p. 4.

⁹² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *loc. cit.*, nota 18, p. 12.

⁹³ *Ibid.*, pp.12-13.

«(...) Que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo»⁹⁴.

Es decir, la sentencia «exige (...), en relación a los elementos esenciales, un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa»⁹⁵; «la finalidad de la transparencia se relaciona con (...) la posición contractual y pretende preservar (...) la manifestación de un consentimiento informado sobre (...) la información recibida previamente»⁹⁶. La falta de transparencia se refiere al «engaño que supone para el cliente la inclusión de [una] cláusula (...), de la que no se informó en la fase precontractual»⁹⁷

En cuanto al fundamento normativo de este deber de transparencia, lo incardina en el art. 80.1 TRLGDCU, lo que genera, de nuevo, una eventual discriminación entre contratantes que son empresarios o profesionales: ya no es predicable el control de transparencia de los elementos esenciales respecto de éstos, se limita su ámbito a los consumidores y usuarios. Como bien critica CAÑIZARES LASO, «esta forma de contratar no solo afecta a los consumidores (...); [el control] debe responder de una manera objetiva por tratarse de una especial forma de contratar»⁹⁸. Asimismo, no tiene sentido, entonces, la distinción entre cláusulas que afectan a los elementos esenciales del contrato y cláusulas normativas porque el art. 80.1 TRLGDCU se aplica a todas las cláusulas no negociadas individualmente, de modo que, ese plus de información que requieren las cláusulas principales sería exigible respecto de todo el clausulado⁹⁹.

⁹⁴ Apartado 210.

⁹⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *loc. cit.*, nota 18, p. 13.

⁹⁶ PLAZA PENADÉS, J., *loc. cit.*, nota 90, p. 6.

⁹⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *loc. cit.*, nota 18, p. 13.

⁹⁸ CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, nota 27, p. 96.

⁹⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *loc. cit.*, nota 18, p. 18: según él, habría tenido más sentido incardinarlo en el deber general de información precontractual del art. 60 TRLGDCU: “antes de contratar el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y

Para acabar con la sentencia, hay que hablar de los efectos que conlleva no pasar el control de transparencia: la declaración de abusividad de la cláusula. No se ha concretado si el hecho de no superarlo conduce automáticamente a considerar la cláusula como abusiva o si se debe someter al control de contenido y, en el caso de que se demuestre un desequilibrio, declararla abusiva; pues, en ningún momento, el tribunal entra a valorar un posible control de contenido¹⁰⁰.

b) STS 8/9/14 (núm. 464/2014):

Esta sentencia hace un recorrido sobre el control de transparencia estableciendo su fundamento, alcance y contenido obligatorio.

Comienza hablando de la importancia que tiene el control de transparencia, incluso confiesa que hay que «seguir afinando el fundamento técnico que sustenta su correcta aplicación»¹⁰¹, pero establece una conexión entre éste y el control de contenido al afirmar que está «implícito en el marco general del control de abusividad»¹⁰². Además, reconoce la virtualidad propia de la contratación con condiciones generales como un modo de contratación específico, haciendo hincapié en que el presupuesto es «el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad»¹⁰³ y no tanto el elemento subjetivo¹⁰⁴.

Respecto a su caracterización, se establece «como un control de legalidad en orden a comprobar (...), que la cláusula (...) predispuesta

económicas, y de los bienes o servicios del mismo»; entre las que se han de incluir: “b) Precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios”.

¹⁰⁰ CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, nota 27, p. 91.

¹⁰¹ FD Segundo, 4.

¹⁰² FD Segundo, 4.

¹⁰³ FD Segundo, 5.

¹⁰⁴ Esto choca con la legislación que hay respecto de las CGC y el hecho de que los controles no se equiparen a empresarios y consumidores por igual, sino que se aplique con distinta extensión a unos y a otros en función del elemento subjetivo, es decir, si la parte adherente es un consumidor o un profesional.

refiera directamente la comprensibilidad real», es decir, que el adherente consumidor «conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que (...) resulten a su cargo», esto es, la carga económica y jurídica que asume en el contrato¹⁰⁵.

En cuanto al fundamento, establece que «debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, (...), el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad (...), no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado (...), sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta (...)»¹⁰⁶.

Por último, en cuanto al alcance, habla del control de transparencia «como parte integrante del control general de abusividad», considerando que no se puede limitar a cumplir los requisitos de inclusión, sino que hay que evaluar que éstos sean capaces de hacer ver al adherente las consecuencias económicas y jurídicas que derivan del clausulado¹⁰⁷.

Incluso después de analizar las dos sentencias observamos contradicciones entre ambas. Es más, en la doctrina hay divergencias, y es que sigue habiendo autores que entienden que el control de transparencia está a medio camino entre el control de contenido y el de inclusión, además de incardinarlo en la LCGG y no en el TRLGDCU, haciendo extensible su aplicación también a los empresarios o profesionales que tengan la condición de adherente¹⁰⁸. Así pues, tenemos autores que entienden que «la transparencia se encuentra en ese control de incorporación (...) no tratándose en definitiva de un control meramente formal, (...) sino que supone también un control del consentimiento material»¹⁰⁹. En este supuesto, la consecuencia de no superarlo sería la ineficacia de la

¹⁰⁵ FD Segundo, 6.

¹⁰⁶ FD Segundo, 7.

¹⁰⁷ FD Segundo, 8.

¹⁰⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *loc. cit.*, nota 18, p. 22. Él no está entre ellos, se hace eco de la situación.

¹⁰⁹ CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, nota 27, pp. 81-82.

cláusula, la no incorporación al contrato¹¹⁰. La razón es que «lo que está exento de control de contenido debe someterse a control de consentimiento y viceversa (...). Se encuentran sometidos a un especial control de consentimiento material»¹¹¹.

Por el contrario, la consecuencia que se deriva de considerar al control de transparencia como un control propio y diferenciado es la declaración de abusividad, en principio, automática, ya que aunque no se argumentó el por qué, tampoco se procedió al análisis del control de contenido. Sin embargo, hay autores que entienden que la consecuencia es que deba pasar el control de contenido, y si no lo supera considerarla abusiva¹¹². Cabe añadir que, la conexión entre la falta de transparencia y el control de contenido que la misma Directa 13/93/CEE establece ha llevado a que el art. 4.2 se interprete de ese modo a nivel comunitario, es decir, se entiende que si no pasa el control de transparencia una cláusula relativa al objeto principal tiene que someterse al control de contenido para poder constatar el posible desequilibrio que perjudique al consumidor¹¹³. Incluso el Derecho alemán prevé expresamente que la falta de transparencia sobre una cláusula relativa al objeto principal del contrato puede causar un perjuicio al consumidor «referido a la estimación del mercado»¹¹⁴; es decir, la falta de transparencia puede (ya que no toda falta de transparencia es causa de perjuicio para el adherente) ser la causa del desequilibrio cuando se trata de cláusulas relativas al objeto principal¹¹⁵ y, por ello, el motivo de la declaración de abusividad.

Después de este análisis, mi postura no puede ser otra que entender que el control de transparencia está incluido en el control de incorporación, forma parte de éste y no es una entidad de evaluación propia, extendiendo su aplicación no solo al control formal de las cláusulas, sino también al control material, de fondo. La falta de transparencia está ligada a la comprensibilidad de una cláusula que, como hemos visto en la STJUE de

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 94.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 94.

¹¹² *Ibid.*, p. 94.

¹¹³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *loc. cit.*, nota 18, p. 23.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 23.

¹¹⁵ CAÑIZARES LASO, A., *loc. cit.*, nota 27, p. 94.

30 de abril de 2014 (C-26/13), no se limita a una obligación gramatical o formal, sino que se trata de una obligación material, es decir, que sea comprensible por sí sola y que ella misma explique cómo puede afectar al adherente; lo que encaja con el efecto sorpresivo al que aduce el TS cuando dice que la finalidad del control de transparencia es «que el adherente (...) pueda conocer la carga económica (...) [y] su posición jurídica (...) [así] como (...) los riesgos de la ejecución o desarrollo de los mismos». En este sentido, si una cláusula no es clara ni transparente no se incorpora al contrato. No entiendo por qué hay autores que consideran, conforme al art. 4.2 de la Directiva que, si las cláusulas no son claras ni comprensibles sí se puede llevar a cabo el control de contenido, pues, para proceder a éste primero se tiene que salvar el control de inclusión, el cual, no se supera si las cláusulas no son claras ni comprensibles, de modo que no se incorporan, no habría nada que analizar en ese control de contenido. Distinto es que la Directiva pretendiese que, incluso cuando una cláusula fuere clara y comprensible, no se pudiera analizar si genera un desequilibrio entre las partes perjudicial para el adherente, cosa que ha sido corregida por el TJUE dictaminando que se trata de una Directiva de mínimos y que podría controlarse; lo cual, no puede interpretarse en sentido contrario como que si no son claras y comprensibles pueden someterse al control de contenido porque, repitiéndome, primero se requiere pasar el control de inclusión y si no lo hace no se incorpora.

Está claro que el hecho de que una cláusula no sea transparente no tiene que crear un perjuicio al consumidor en todo caso, pero no se estaría analizando que perjudicare o no al adherente porque para que una cláusula quede incorporada al contrato tiene que ser comprensible, describirse por sí sola y si no lo hace no se incluye, máxime cuando el predisponente no tiene la obligación de informar¹¹⁶, y solo tiene que poner a disposición del adherente el clausulado de condiciones generales. Obviamente, respecto de los elementos esenciales, puede conllevar la nulidad del contrato al no existir objeto o justa causa (en función de qué se entienda por elemento esencial del contrato). Esta consecuencia tendría como efecto el refuerzo

¹¹⁶ A diferencia de lo que ocurre en los servicios de inversión.

de la comprensibilidad de las cláusulas y de la competencia del mercado pues, incluso en el caso de que una cláusula no fuere transparente y, aun así, no causare un perjuicio al adherente se tendría por no puesta, a diferencia de lo que ocurriría en el caso de que tuviere que pasar el control de contenido (como algunos opinan), ya que el hecho de no ser transparente no tendría que conllevar la declaración de abusividad al no crear un perjuicio al adherente y, por consiguiente, no se eliminaría la cláusula; es decir, respecto de los elementos esenciales, la falta de transparencia entendida como parte del control de inclusión, conllevaría la extinción del contrato, mientras que la falta de transparencia entendida como control propio podría conllevar la subsistencia del contrato, incluso cuando el predisponente incumple sus deberes de comprensibilidad y transparencia.

Asimismo, el fundamento no sería otro que el art. 5 LCGC, no solo porque en los requisitos de redacción aborda concretamente el tema de la transparencia y la comprensibilidad, sino porque no tiene sentido que los controles de las condiciones generales tengan distinta extensión en función de si el adherente es consumidor o profesional. Como ya se ha puesto de manifiesto a lo largo del trabajo, estos controles se llevan a cabo dada la especial forma de contratar, en la que una parte redacta un clausulado y la otra se adhiere o no. No tiene sentido que la dualidad legislativa obvie esa cualidad y genere un trato desigual en función del elemento subjetivo, sin que sea ésta la razón del control de inclusión y contenido.

C) Control de oficio:

La cuestión es: ¿pueden los jueces controlar de oficio la abusividad de una cláusula? No es un tema baladí, pues hay que tener presente el principio rogatorio, es decir, el juez tiene que atenerse a lo debatido en el proceso para que no se produzca indefensión. Dicho lo cual, parece que la legislación española no lo permite.

Sin embargo, el TJUE tiene una doctrina clara a este respecto. Así, la STJUE de 21 de febrero de 2013 (C-472/11)¹¹⁷, establece que el juez nacional «debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva (...)»¹¹⁸. De modo que, «no [es una] mera facultad de pronunciarse (...), sino que incluye (...) la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos (...) necesarios para ello»¹¹⁹. Asimismo, recuerda que «las consecuencias (...) del carácter abusivo (...) no vincularán al consumidor “en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales”»¹²⁰, es decir, los jueces españoles no tienen que esperar a que las partes aleguen que se declare la abusividad, sino que éstos tendrán que apreciarlo de oficio y, en el caso de que no hayan alegado dicho derecho, será el juez quien tenga que informar de ello a las partes con la finalidad de que tengan la oportunidad de debatir según las reglas procesales. Por consiguiente, el juez puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula siempre que haya abierto el debate y haya existido posibilidad de discutir. Sin embargo, esta facultad no alcanza la declaración de abusividad cuando, informadas las partes, éstas no tienen intención de hacer uso de dicho derecho.

Ahora bien, ¿se puede controlar de oficio una cláusula cuando no supere el control de transparencia? Por supuesto, pero en este caso no se estaría controlando la abusividad, sino que se cumplan los requisitos de incorporación que, como se ha defendido, deberían reducirse a la legibilidad como control de forma y a la comprensibilidad como control de fondo, material (control de transparencia). El razonamiento es bien simple, y es que si los jueces pueden controlar de oficio la abusividad de una cláusula, para ello, antes han tenido que evaluar si ésta ha superado el control de inclusión o no porque, como se ha dicho, es preciso que una cláusula quede incorporada al contrato para poder efectuar el control de contenido. Por consiguiente, ya no solo tendrán que verificar que a efectos

¹¹⁷ En el mismo sentido las SSTJUE 21 noviembre 2002 (C-473/00); 4 junio 2009 (C-243/08); 14 junio 2012 (C-618/2010); y STJCE 6 octubre 2009 (C-40/08), entre otras.

¹¹⁸ Apartado 22.

¹¹⁹ Apartado 23.

¹²⁰ Apartado 25.

prácticos una cláusula tenga el tamaño adecuado, tenga una redacción simple..., sino que tendrán que ahondar sobre si la cláusula en cuestión explica por sí sola las consecuencias que conllevaría para el adherente que se ejecutase durante la vigencia del contrato.

Por tanto, en el caso de que un juez entendiere que una cláusula no cumple los requisitos necesarios para considerarla válida a efectos de transparencia o legibilidad, tendría que exponerlo para que las partes tuvieran ocasión de debatir y, en el caso de que el demandante alegase la declaración de la ineficacia de la cláusula, considerarla no incluida en el contrato.

V. CONCLUSIONES

1. El predisponente no tiene la obligación de informar al adherente sobre el clausulado de condiciones generales, tan solo tiene que procurar que éste sea comprensible:

Efectivamente, no existe una obligación de informar sobre las cláusulas generales que rigen el contrato, si bien, como contraposición a ello, dichas cláusulas han de ser plenamente comprensibles, es decir, no se limitan a tener una redacción sencilla que cualquier adherente medio sea capaz de conocer, sino que han de hablar por sí mismas, tienen que explicar en qué medida y cómo puede afectar a la posición económica y jurídica del adherente el hecho de que se ejecuten o desarrollen durante la vigencia del contrato. De este modo, no es preciso que haya una explicación de lo que, se supone, ha de hablar por sí solo.

2. El control de transparencia debería ser parte del control de inclusión y no constituir en sí mismo otro medio de evaluación diferente:

Hemos visto como entre los requisitos de inclusión están, entre otros, los de legibilidad y transparencia. Hasta ahora se habían entendido estos requisitos, meramente, a efectos formales. Sin

embargo, entiendo que la transparencia no hace más que analizar la obligación material que tiene que cumplir una cláusula respecto a la comprensibilidad. No es preciso constituir la transparencia como un control propio y diferenciado que mezcla los límites que separan al control de inclusión del de contenido y solo hace causar confusión cuando, el control de inclusión tiene un potencial mucho mayor que el de controlar que el clausulado cumpla unos requisitos de forma, que es controlar que las cláusulas no defrauden las expectativas del adherente por las que lleva a término el contrato. No tiene sentido, como he dicho, y es más práctico porque ayuda a proteger la competencia en el mercado de cara al cumplimiento de estas obligaciones de transparencia por parte de los predisponentes ya que, aunque la cláusula no genere perjuicios al consumidor, si no es comprensible no se incorpora. De la otra manera, quienes entienden que el hecho de que no sea transparente conlleva que se acuda al control de contenido y solo en el caso de que sea perjudicial se declare abusiva, no ayuda a forzar al predisponente a cumplir con sus deberes de transparencia porque, incluso incumpléndolos puede no declararse abusiva y seguir siendo válida cuando afecte a elementos esenciales del contrato.

3. Actual vinculación entre el control de transparencia y el control de contenido:

A pesar de que mi postura sea considerar al control de transparencia como parte del control de inclusión, la realidad es que, la jurisprudencia lo considera otro control más. Sin embargo, la relación que existe entre el control de contenido y el de transparencia es, cuanto menos, manifiesta debido a que la consecuencia de no superar éste último es la declaración de abusividad, aunque no esté bien anudada. A pesar de no haber terminado de hilar que la abusividad sea automática (es más, no se ha llevado a cabo ningún control de contenido), la mayoría de la doctrina entiende que no debe declararse la abusividad de inmediato, sino que debería someterse al control de contenido y declararse la abusividad si no se supera.

BIBLIOGRAFÍA:

ALBIEZ DOHRMAN, Klaus Jochen, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, 1ª ed., Navarra, Civitas, 2009.

ÁLFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *Las condiciones generales de la contratación*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1991.

- “Disposiciones generales, art.1, Ámbito objetivo”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), (1ª ed.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 97-141.

BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, *Las condiciones generales de los contratos y principio de autonomía*, 1ª ed., Barcelona, JM. Bosh Editor, 1989.

CAÑIZARES LASO, Ana, “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, 2015, vol. II, núm. 3, pp. 68-105 (www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/149/121)

COCA PAYERAS, Miguel, “Comentarios al art. 10.1.a)”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. y SALAS HERNÁNDEZ, J. (coords.), 1ª ed., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid Civitas, 1992, pp. 223-239.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, “Comentario Libro IV, Título II, Capítulo IV”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra, Aranzadi, 2001, pp. 1501-1508.

DURANY PICH, Salvador, “Disposiciones generales, art. 5, requisitos de incorporación”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Díez-Picazo Y Ponce De León, L. (dirs.), Alfaro, J. (coord.), (1ª ed.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 264-335.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “Disposiciones generales, art. 6, reglas de interpretación”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Díez-Picazo Y Ponce De León, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), (1ª ed.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 409-425.

FERRER RIBA, Josep, “Disposiciones generales, art. 6, reglas de interpretación”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), (1ª ed.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 361-383.

GARCÍA VICENTE, José Ramón, “Comentario al art. 60”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coord.), (1ª ed.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Navarra, Aranzadi, 2009, pp. 766-780.

GONZÁLEZ PACANOSWKA, Isabel, “Comentario al art. 80”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coord.), (1ª ed.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Navarra, Aranzadi, 2009, pp. 914-938.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, “El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, I. Estudios y Consultas, núm. 6, pp. 80-97 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4329826>)

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, “Comentarios a la Disposición Adicional 1ª.3”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), (1ª ed.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 893-964.

OLEO BANET, Fernando, “Disposiciones generales, art. 4, contratos excluidos”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), (1ª ed.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 230-263.

- PAZOS CASTRO, Ricardo, “El objeto principal de un contrato de préstamo expresado en divisas, la transparencia de sus cláusulas y la integración contractual”, *Revista de la Universidad de Santiago de Compostela*, Comentarios de jurisprudencia 5/2014, pp. 1-13 (http://revistas.usc.es/export/sites/default/boletincede/documentos/5_RicardoPazos_kesler.pdf)
- PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto José, “El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas. Tutela procesal de los intereses de grupo”, en SALELLES CLIMENT, J.R., GUERRERO LEBRÓN, M.J., FUENTES DEvesa, R. (1ª ed.), *I Foro de encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 161-218 (http://www.upf.edu/eventia/08/mercantil/pdf/Condiciones_generales_contratacion_JJ_Perez_Benitez.pdf)
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *INDRET Revista para el análisis del Derecho*, 2013, núm. 3, pp. 1-28 (<http://www.indret.com/pdf/995.pdf>)
- PLAZA PENADÉS, Javier, “Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremos sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, 2015, núm. 8547 (Ref. D-209), pp. 1-13 ([http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin66/Articulos_66/Plaza-Penades\(2015_05_26\).pdf](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin66/Articulos_66/Plaza-Penades(2015_05_26).pdf))
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, “El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación”, en ESPIAU ESPIAU, S. (ed.), (1ª ed.), *Las condiciones generales de la contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 52-108.
- SALVADOR CORDECH, Pablo, “Disposiciones generales, art. 6, reglas de interpretación”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), (1ª ed.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 384-408.

“Contrato de adhesión”, *Guías Jurídicas Wolters Kluwer*, pp. 1-3

([http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/ListaResultados.aspx?params=H4slAAAAAAAEAHWOzQ6CMBCEn4ZeSAyGcw8gJHIBA_VsltJAE2ixPwhvb4VE5OBtdmdn9ntaphbCZoNpkZMyIkXIj6kfJde0yjbwBE2YI70IKZYBE2UZMIBrHCCgxkKfSlrPH80nRqB2e6kapuLFKd3JVW4Tb8FwKWJQW14zULS7QctwJjil8gR6nBEdOa6NqFbXC-](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/ListaResultados.aspx?params=H4slAAAAAAAEAHWOzQ6CMBCEn4ZeSAyGcw8gJHIBA_VsltJAE2ixPwhvb4VE5OBtdmdn9ntaphbCZoNpkZMyIkXIj6kfJde0yjbwBE2YI70IKZYBE2UZMIBrHCCgxkKfSlrPH80nRqB2e6kapuLFKd3JVW4Tb8FwKWJQW14zULS7QctwJjil8gR6nBEdOa6NqFbXC-GrndMcnDS_rKglosMx4-bHVu--DP8s6_j3dq7vwsFr6LfFL2RsJZFiP34DftEE-i0BAAA=WKE)

[GrndMcnDS_rKglosMx4-bHVu--DP8s6_j3dq7vwsFr6LfFL2RsJZFiP34DftEE-i0BAAA=WKE\)](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/ListaResultados.aspx?params=H4slAAAAAAAEAHWOzQ6CMBCEn4ZeSAyGcw8gJHIBA_VsltJAE2ixPwhvb4VE5OBtdmdn9ntaphbCZoNpkZMyIkXIj6kfJde0yjbwBE2YI70IKZYBE2UZMIBrHCCgxkKfSlrPH80nRqB2e6kapuLFKd3JVW4Tb8FwKWJQW14zULS7QctwJjil8gR6nBEdOa6NqFbXC-GrndMcnDS_rKglosMx4-bHVu--DP8s6_j3dq7vwsFr6LfFL2RsJZFiP34DftEE-i0BAAA=WKE)

“Comentario a la Orden sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, *Diario La Ley*, 2011, núm. 7729, pp. 1-3

([http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbH1czUAAkMDC0MDY7Wy1KLizPw8WyMDQyAwMAIJZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUpwIALplekTUA AAAA=WKE\)](http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbH1czUAAkMDC0MDY7Wy1KLizPw8WyMDQyAwMAIJZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUpwIALplekTUA AAAA=WKE)

ÍNDICE DE ABREVIATURAS:

art.	Artículo (arts. en plural)
CC	Código Civil
C. de c.	Código de Comercio
CGC	Condición general de la contratación (y plural)
CEE	Comunidad Económica Europea
coord.	Coordinador
DGCU	Defensa general de consumidores y usuarios
dirs.	Directores
DLL	Diario La Ley
ed.	Edición, editor
EHA	Orden del Ministerio de Economía y Hacienda
EEMM	Estados Miembros de la Unión Europea
FD	Fundamento de Derecho
GJWK	Guías Jurídicas Wolters Kluwer
INDRET	(lugar en catalán) Revista para el análisis del Derecho
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación 1998
LGDCU	Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios 1984
núm.	Número
p.	Página (pp. en plural)
RCESCO	Revista de Derecho del centro de estudios de consumo
RDC	Revista de Derecho Civil
RD-L	Real Decreto Ley
RUSC	Revista de la Universidad de Santiago de Compostela
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE en plural)
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
SSAP	Sentencias Audiencias Provinciales

STS	Sentencia del Tribunal Supremo (SSTS en plural)
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios 2007

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL:

STS	STJCE
Núm. 834/2009, 22 diciembre (RJ 2010, 703)	3 junio 2012 (C-484/08)
Núm. 375/2010, 17 junio (RJ 2010, 5407)	6 octubre 2009 (C-40/08)
Núm. 401/2010, 1 julio (RJ 2010, 6554)	
Núm. 842/2011, 25 noviembre (RJ 2012, 576)	
Núm. 827/2012, 15 enero (RJ 2013, 2276)	
Núm. 406/2012, 18 junio (RJ 2012, 8857)	
Núm. 221/2013, 11 abril (RJ 2013, 1819)	
Núm. 241/2013, 9 mayo (RJ 2013, 3088)	
Núm. 149/2014, 10 marzo (RJ 2014, 1467)	
Núm. 152/2014, 11 marzo (RJ 2014, 2114)	
Núm. 166/2014, 7 abril (RJ 2014, 2184)	
Núm. 86/2014, 26 mayo (RJ 2014, 3880)	
Núm. 464/2014, 8 septiembre (RJ 2014, 4660)	
	STJUE
	21 noviembre 2002 (C-473/00)
	4 junio 2009 (C-243/08)
	14 junio 2012 (C-618/2010)
	21 febrero 2013 (C-472/11)
	30 abril 2014 (C-26/13)
	26 febrero 2015 (C-143/13)
	23 abril 2015 (C-96/14)